



Revus

Journal for Constitutional Theory and Philosophy of
Law / Revija za ustavno teorijo in filozofijo prava

31 | 2017

Dogmatics and Constitutional Interpretation

Las autoridades legislativas supremas de un orden jurídico

The English original of this article was published in *Revus* 29 | 2016.

María Cristina Redondo

Traductor: Jorge Baquerizo Minuche



Edición electrónica

URL: <http://journals.openedition.org/revus/3769>

DOI: 10.4000/revus.3769

ISSN: 1855-7112

Editor

Klub Revus

Edición impresa

Fecha de publicación: 10 junio 2017

ISSN: 1581-7652

Referencia electrónica

María Cristina Redondo, « Las autoridades legislativas supremas de un orden jurídico », *Revus* [Online], 31 | 2017, Online since 22 March 2019, connection on 25 May 2019. URL : <http://journals.openedition.org/revus/3769> ; DOI : 10.4000/revus.3769

Este documento fue generado automáticamente el 25 mayo 2019.

All rights reserved

Las autoridades legislativas supremas de un orden jurídico

The English original of this article was published in *Revus* 29 | 2016.

María Cristina Redondo

Traducción : Jorge Baquerizo Minuche

1 Introducción

- 1 La primera parte de este artículo gira en torno a la idea de las normas o reglas (dos términos que usaré de manera indistinta) en virtud de las cuales se establecen las autoridades legislativas supremas de un orden jurídico. Siguiendo a Alchourrón y Bulygin, asumiré que un orden jurídico es una secuencia de sistemas jurídicos.¹
- 2 En lo que sigue, aclararé cómo entiendo la idea de autoridad y por qué me concentraré en las autoridades de tipo legislativo. Las autoridades jurídicas son agentes que tienen el poder de decidir por otros agentes. A veces estas decisiones se toman creando, eliminando o modificando normas jurídicas, esto es, a través de acciones que introducen un cambio en el orden jurídico. Sin embargo, ello no siempre es así. En sentido estricto, ser una autoridad jurídica o ejercer una autoridad jurídica no presupone ni implica el poder de modificar el orden jurídico. Las autoridades buscan guiar la conducta de otros agentes excluyendo opciones que restringen su autonomía; en otras palabras, buscan reemplazar el razonamiento de esos agentes en orden a decidir qué es lo que deben hacer en determinadas ocasiones.
- 3 Por ejemplo, es evidente que se ejerce autoridad jurídica cuando los legisladores promulgan una nueva ley orgánica u ordinaria, cuando el gobierno implementa una política pública, o cuando un juez decide un caso. Pero también se ejerce cuando un policía da instrucciones verbales o cuando un funcionario público ejecuta una orden, sin que se haya creado nada nuevo. En resumen, una autoridad es aquella a quien se permite imponer un cierto curso de acción, independientemente de su capacidad para efectuar un cambio en el orden jurídico.

- 4 Las autoridades jurídicas son usualmente clasificadas en legislativas, ejecutivas y judiciales, siendo ampliamente aceptado que todas ellas son esenciales para la existencia de un orden jurídico. Sin embargo, las autoridades legislativas gozan de un estatus bastante especial. Primero –y considerando que la dinámica es una condición constitutiva o *sine qua non* de todo orden jurídico–, son las autoridades legislativas las que, por definición, están formalmente habilitadas para producir cambios dentro del derecho. Segundo, en los órdenes jurídicos modernos, puede decirse que la autoridad legislativa posee una primacía conceptual sobre las otras autoridades, en el sentido de que los conceptos de autoridad ejecutiva y de autoridad judicial no pueden entenderse sin presuponer el concepto de autoridad legislativa; y es que, aunque no estén formalmente subordinadas, es un hecho que las autoridades ejecutivas y judiciales hacen cumplir y aplican las decisiones de la autoridad legislativa.² Finalmente, y en parte debido a las razones antes mencionadas, las autoridades legislativas reflejan y expresan, en un modo más directo que las otras autoridades, las más profundas convicciones morales y políticas vigentes en una determinada sociedad. La forma en que una sociedad concibe a sus autoridades legislativas es equivalente a la forma en que aquella acepta el ejercicio del poder sobre la población. En este sentido, es en la concepción que cada sociedad asume respecto de sus autoridades legislativas donde reside la clave para identificar los diferentes tipos de órdenes jurídicos.
- 5 Las autoridades legislativas presentan muchas características importantes. Me gustaría subrayar algunas de ellas. Una autoridad puede tener tal calidad *sólo en un cierto ámbito*. Dentro de ese ámbito, las autoridades legislativas promulgan típicamente normas generales y abstractas (leyes, decretos-leyes, etc.) que son organizadas siempre de manera jerárquica.³ Así, en cada orden jurídico siempre habrá una o más autoridades legislativas que son supremas, al menos en los dos siguientes sentidos. (1) Dentro de su ámbito, porque no están subordinadas a ninguna otra autoridad legislativa. Esto es, cualquier otra autoridad distinta a la autoridad suprema, o dependerá de ella o será una autoridad delegada. (2) Dentro de su ámbito, porque tienen el más grande y amplio poder para producir un cierto tipo de normas abstractas y generales. Esto presupone que las decisiones que adopta la autoridad legislativa suprema, en su propio ámbito, prevalecen sobre las decisiones tomadas por sus subordinados, y que las potestades de cualquier otra autoridad serán siempre más reducidas que la potestad de la autoridad suprema. Las autoridades supremas no pueden delegar ningún tipo (ni porción) de poder que no tengan; en este sentido, los límites de una autoridad suprema son también, *a fortiori*, límites impuestos a todas las autoridades subordinadas.
- 6 Todo orden jurídico incluye un conjunto de normas o reglas últimas que instituyen a las autoridades legislativas supremas. En este artículo trataré de mostrar que, según el modo en que estas reglas constituyan a tales autoridades, se pueden distinguir al menos cuatro tipos o modelos de órdenes jurídicos. Sobre esta base, defenderé dos ideas centrales. La primera es que la forma en que la autoridad legislativa es concebida dentro del estado constitucional es cualitativamente diferente a la forma en que aquella es concebida en un estado de derecho (*Rechtsstaat*). La segunda es que, en un importante sentido, en el estado constitucional, como en cualquier otro tipo de estado, no existen autoridades constituyentes. En otras palabras, trataré de mostrar que la distinción teórica entre autoridades constituyentes y autoridades constituidas es, en un sentido relevante, profundamente engañosa. Cada autoridad es *constituida* por específicas reglas aceptadas en una determinada sociedad.

2 Criterios de validez⁴

- 7 Asumiré, por ahora sin discusión, algunas ideas muy conocidas sobre la teoría de los sistemas jurídicos. Entre ellas está la idea de que cada Estado está vinculado al menos a un orden jurídico; la idea de que un orden jurídico puede ser visto como una secuencia temporal de conjuntos de normas; y la idea de que esos conjuntos de normas pueden ser entendidos como sistemas.⁵ A su vez, asumiré la idea de que un conjunto de elementos constituye un sistema si, y sólo si, una específica estructura puede establecerse a partir de la relación entre aquellos elementos.⁶
- 8 En esta imagen, los *sistemas* jurídicos en sentido estricto no pueden cambiar: cualquier cambio producirá un nuevo sistema jurídico. Y, sin embargo, los *órdenes* jurídicos sí que cambian con el tiempo cada vez que una autoridad competente crea, modifica o expulsa válidamente una norma jurídica.
- 9 Partiendo de esta perspectiva, me concentraré en dos características atribuibles a todo orden jurídico. La primera es que los órdenes jurídicos son dinámicos: pueden cambiar a través del tiempo. Estos cambios se producen por creación, eliminación o reemplazo intencional de normas jurídicas; en otras palabras, son el resultado del ejercicio de un poder o autoridad *legislativa*. La segunda característica es que las condiciones para crear, eliminar o reemplazar válidamente una norma jurídica (esto es, las condiciones que constituyen el poder legislativo) están dispuestas por el propio orden jurídico. Es decir, una norma es una norma jurídica válida si, y sólo si, satisface las condiciones o criterios de validez definidos por otras normas en el mismo orden jurídico. En otras palabras, puede decirse que un orden jurídico, al regular su propia producción, es *auto-poiético*.⁷
- 10 Lo anterior implica que, al menos en uno de los sentidos en que la expresión puede ser empleada, los “criterios de validez” son meta-normas concernientes a la producción de otras normas: establecen las condiciones que tienen que ser satisfechas para producir un cambio válido en el orden jurídico. Dicho de otro modo, son normas que confieren poderes bajo las cuales determinados agentes u órganos pueden actuar como autoridades legislativas, esto es, autoridades atribuidas con el poder de introducir, eliminar o modificar válidamente otras normas.⁸ En breve veremos en qué tipo de normas consisten estos criterios de validez, pero por ahora será suficiente con decir que (1) son meta-normas acerca del modo en que otras normas pueden ser producidas o eliminadas, y (2) que al menos establecen *quién* tiene el poder para introducir, modificar o eliminar normas en el orden jurídico, es decir, quién es la autoridad legislativa dentro del orden jurídico.
- 11 En relación con estos criterios de validez, es importante recalcar que todo orden jurídico posee necesariamente un conjunto de “criterios últimos de validez” o meta-normas que definen quiénes son sus “autoridades legislativas supremas”. Por un lado, estos criterios últimos de validez jurídica están necesariamente presentes en todo sistema jurídico originario perteneciente a un orden jurídico (esto es, el sistema inicial en la secuencia que forma un orden jurídico) pues, si no fuera así, este sistema jurídico originario no podría ser parte de un orden jurídico *dinámico*. Por otro lado, estos criterios últimos siguen formando parte de cada sistema jurídico subsecuente, que pertenezca al mismo orden jurídico, hasta que sean modificados o eliminados⁹. Así, pues, cualquier cambio que satisfaga directa o indirectamente estos criterios últimos es un cambio válido dentro del *mismo* orden jurídico; mientras que cualquier cambio en los criterios últimos de validez,

no es un cambio dentro del orden jurídico sino el cambio de un orden a otro distinto. En otras palabras, cuando las condiciones de validez jurídica básicas o últimas son cambiadas, un *nuevo* orden jurídico es originado. Bajo estas premisas, podemos decir (como muchos autores) que la identidad y continuidad de un orden jurídico depende de la identidad y continuidad de estas meta-normas últimas o básicas que sustentan a la autoridad legislativa última.¹⁰

3 Los criterios últimos de validez jurídica

- 12 Antes de continuar con el análisis de qué tipo de normas son estas *normas últimas*, pienso que es importante señalar que hay más de una ambigüedad relacionada con la expresión “criterios últimos de validez”.¹¹
- 13 Una de estas ambigüedades puede ser apreciada trayendo a colación un par de ideas que Ricardo Caracciolo ha analizado con claridad. Para empezar, según Caracciolo, si un conjunto de normas constituye un sistema, este necesariamente tendrá algún criterio interno (o intra-sistemático) y algún criterio externo (o extra-sistemático) de validez. Esta tesis no puede ser discutida aquí con detalle, así que será asumida como correcta. El punto es que, si un sistema no tuviera algún criterio externo para identificar normas jurídicas, no seríamos capaces de conocer qué normas pertenecen al sistema, o no sin caer en un círculo vicioso o en un regreso al infinito. Ciertamente, esos criterios externos no *pertenecen* propiamente al sistema jurídico; y, en tal medida, hablando en sentido estricto, no son normas jurídicas. No son jurídicamente válidos ni inválidos, precisamente porque son los criterios básicos para la identificación de normas jurídicas válidas.
- 14 La segunda idea que tomo de Caracciolo es que en todo sistema jurídico tenemos que distinguir entre normas dependientes (o derivadas) y normas independientes (o no derivadas). Las primeras pertenecen al sistema porque cumplen alguno de los criterios internos (sistemáticos) de validez. Las segundas –las normas últimas en un sistema jurídico– pertenecen al sistema porque satisfacen los criterios externos (extra-sistemáticos) de validez.
- 15 De lo anterior se sigue que cuando hablamos de criterios últimos de validez o de meta-normas últimas que constituyen a la autoridad legislativa suprema, no queda claro si nos estamos refiriendo a algunas normas últimas independientes que pertenecen al sistema, o a algunas normas externas o extra-sistemáticas. Esta ambigüedad es inevitable porque, debido a diferentes razones, todo sistema jurídico tiene que tener algunos criterios *externos* y algunos criterios *internos* de validez jurídica. Por un lado, como Caracciolo ha mostrado, los primeros son necesarios si queremos evitar la circularidad o un regreso al infinito en la identificación de las normas jurídicas. Por otro lado, si aceptamos que todo sistema jurídico es parte de un orden jurídico dinámico, debemos también aceptar que este necesariamente contiene algunos criterios internos de validez jurídica, esto es, algunas meta-normas que establecen las condiciones bajo las cuales es posible efectuar cambios válidos dentro del orden. Como hemos visto, estas meta-normas tienen que establecer por lo menos *quién* es el que mantiene la autoridad legislativa dentro del orden, pues de lo contrario el orden no podría ser descrito como dinámico.
- 16 Según este marco de referencia, pues, existen dos sentidos acorde a los cuales los criterios de validez jurídica pueden ser descritos como “últimos”:

- 17 (1) En un primer sentido, tenemos lo que podrían denominarse criterios *sistemáticos* últimos₁. Estos consisten en meta-normas independientes acerca de la producción de normas jurídicas. Pertenecen a todo sistema jurídico y establecen las condiciones jurídicas básicas para la identificación de cualquier norma jurídica derivada o dependiente; y, entre otras cosas, al menos deben establecer *quién* es el que ostenta la autoridad legislativa suprema.
- 18 (2) En un segundo sentido, tenemos criterios *extra-sistemáticos* últimos₂. No son necesariamente normas; y, si acaso lo fueran, no serían normas válidas ni inválidas. No son creadas por ninguna autoridad jurídica, y establecen las condiciones básicas para la identificación de las normas jurídicas independientes o no derivadas del orden jurídico. Es decir, son criterios en virtud de los cuales algunas normas pueden ser identificadas como normas válidas últimas₁ dentro de un sistema jurídico.
- 19 Dicho esto, debe remarcarse lo siguiente: por mucho que los criterios de validez del primer tipo puedan ser las normas básicas o finales de un sistema jurídico, no necesariamente serán los criterios *últimos* de validez jurídica pues, como Caracciolo ha mostrado, estas normas últimas₁ presuponen ulteriores criterios externos de validez.
- 20 Ahora bien, más allá de los dos tipos de criterios de validez (internos y externos), un sistema jurídico puede contener otros criterios de validez jurídica que no son *últimos* en ninguno de los dos sentidos antes mencionados. Estos criterios de validez serán meta-normas derivadas o dependientes con un lugar en el sistema, en la medida en que hayan sido creadas de conformidad con ciertas normas sistemáticas últimas₁ que a su vez estén de acuerdo con los criterios extra-sistemáticos últimos₂ de validez jurídica.
- 21 Existe también otra razón por la cual esta ambigüedad debe ser señalada: como usualmente es reconocido, la identidad y continuidad de todo orden jurídico dinámico están atadas a la identidad y continuidad de sus criterios últimos de validez jurídica; si los criterios últimos cambian, tendremos un nuevo sistema jurídico originario que da lugar a un diferente orden jurídico. En consecuencia, si esta ambigüedad no es detectada, no quedará claro si la identidad y continuidad de un orden jurídico depende de algunas normas internas últimas₁ o de algunos factores externos últimos₂. Permítasenos dejar de lado esta cuestión por el momento y regresar sobre ello después.

4 Las normas últimas de un orden jurídico existente

- 22 En la medida en que nuestro interés se centra en los órdenes jurídicos existentes, si queremos identificar los tipos de normas que cuentan como meta-normas últimas que instituyen a la autoridad legislativa suprema, tenemos que tomar en cuenta la distinción entre normas legisladas y normas consuetudinarias.
- 23 Según John Gardner, las normas legisladas presentan los siguientes rasgos:¹² (a) tienen un autor; (b) han sido creadas intencionalmente; y (c) expresan su contenido explícitamente, mediante una formulación oral o escrita. En sentido estricto, esto significa que toda norma legislada presupone necesariamente otra norma o conjunto de normas; a saber, aquellas que constituyen al legislador (el autor) que las crea. Y en la medida en que este legislador no sea supremo, las normas legisladas presuponen también las normas últimas que constituyen a la autoridad suprema. En resumen, las normas legisladas no pueden existir aisladamente sino únicamente en relación con otra norma o conjunto de normas. Por ello es que muchos autores subrayan que las normas legisladas existen sólo dentro de

un sistema de normas. Sería conceptualmente imposible tener algo así como una norma legislada extra-sistemática, pues ello sería una contradicción en términos.

- 24 De acuerdo con Gardner, las normas legisladas contrastan con las normas consuetudinarias que, a diferencia de las anteriores, (a) no tienen un autor específico; (b) no son creadas intencionalmente (pueden ser el resultado de múltiples acciones intencionales, pero estas no están dirigidas de modo deliberado a crear una norma consuetudinaria); y (c) no tienen ninguna forma expresa. En este sentido, las normas consuetudinarias no presuponen ninguna autoridad competente y su existencia no necesariamente requiere de otras normas. Esto significa que pueden existir normas sociales de manera independiente a cualquier sistema.
- 25 En otras palabras, una norma consuetudinaria no depende de ninguna otra norma para su existencia. Partiendo de esta premisa, la existencia extra-sistemática de una norma consuetudinaria tiene que ser distinguida de su validez jurídica, es decir, del hecho de su pertenencia a un sistema jurídico. Dicho de otro modo, la existencia *empírica* o *fáctica* de una norma consuetudinaria, que siempre es extra-sistémica, tiene que ser distinguida de su existencia *jurídica*, que está siempre relacionada (y es interna) a un sistema jurídico, es decir, que depende de las condiciones establecidas por el orden jurídico al cual el sistema pertenece.
- 26 En cualquier caso, es muy interesante advertir que, si partimos de estas distinciones entre normas legisladas y normas consuetudinarias, tendremos una clara respuesta a la pregunta inicial acerca de la clase de normas con las que se identifican las meta-normas últimas que forman a la autoridad suprema del orden jurídico. En cualquiera de los sentidos de “últimas” en los que estemos pensando (*últimas*₁ o *últimas*₂), esta clase de meta-normas últimas o “criterios de validez jurídica” no pueden ser normas legisladas. La idea misma de una norma legislada última es autocontradictoria, pues toda norma legislada presupone necesariamente otra norma y por ello mismo no puede ser *última*. En consecuencia, las normas últimas que constituyen a la autoridad legislativa suprema, y que garantizan la dinámica de todo orden jurídico, tienen que ser normas sociales o consuetudinarias. Esta conclusión es necesaria, puesto que las normas consuetudinarias son las únicas normas que pueden existir sin presuponer otras normas.
- 27 Sobre este tema se pueden encontrar diferentes posiciones en la teoría del derecho. Muchos autores, por ejemplo, aseveran que las meta-normas básicas de un orden jurídico son normas internas o sistemáticas. Aplicando lo que se argumentó en líneas anteriores, estas normas tendrían que ser caracterizadas como *últimas*₁ dentro de un sistema jurídico, pertenecientes a este en virtud del hecho externo (extra-sistemático) de que aquellas son aceptadas y obedecidas por un grupo social. En tal aceptación y práctica residiría el criterio extra-sistemático *último*₂ que todo sistema jurídico presupone, según Caracciolo. Esta posición se puede adscribir a aquellos que rechazan la idea de que los órdenes jurídicos están basados en *reglas* externas o extra-sistemáticas.¹³ Bajo esta perspectiva, sólo necesitamos reconocer ciertos hechos externos en virtud de los cuales algunos contenidos son aceptados como condiciones *últimas*₁ de validez jurídica; condiciones entre las cuales están aquellas que establecen a las autoridades legislativas supremas.
- 28 Debe quedar claro, en todo caso, que incluso si estas condiciones *últimas*₁ de validez jurídica fueran internas al sistema, serían siempre normas no expresadas; y que cualquier intento de expresarlas sería, o bien un intento más o menos exitoso de iterar normas que

ya han sido aceptadas, o bien una descripción verdadera o falsa de ellas. En otras palabras, las condiciones últimas₁ de validez deben ser normas consuetudinarias y no expresadas, pues son las únicas que no presuponen otras normas.

- 29 En contraste con esta posición está también una segunda posición suscrita por algunos juristas. Desde esta perspectiva, las meta-normas básicas que constituyen a la autoridad legislativa suprema de un orden jurídico son, ellas mismas, normas legisladas. Específicamente, serían normas escritas dentro de una carta constitucional. Nuevamente, si aceptamos el análisis aquí ofrecido, podemos apreciar fácilmente por qué esta posición, al no reconocer dos importantes hechos, es incorrecta. Por un lado, porque falla en dimensionar que la idea de una “norma legislada última” es, por las razones antes ofrecidas, una contradicción terminológica. En cualquiera de los dos sentidos en que usamos la palabra *última*, una norma legislada no puede ser última, así como una norma última nunca puede ser legislada. Por otro lado, esta posición se derrota a sí misma, porque si se acepta que la *primera constitución* es la última norma *válida* del orden jurídico, se tiene que aceptar también que debe haber una ulterior norma (por hipótesis, una norma externa) que constituye a la autoridad que establece esa primera constitución. De otro modo, no consideraríamos a la primera constitución como una norma *válida*. Bajo esta óptica, en resumen, tendríamos que aceptar que las normas constitucionales necesariamente presuponen algunas normas extra-sistemáticas últimas₂ que sólo pueden ser normas consuetudinarias.
- 30 Una conclusión parcial que podemos formular en este punto es que todo orden jurídico existente contiene algunas normas últimas o básicas que constituyen a la autoridad legislativa suprema; y que esas normas, sea que se las entienda como internas o externas, son siempre normas sociales no escritas. Esto equivale a decir que la potestad constitucional que crea a la autoridad suprema del orden jurídico es siempre el poder de un grupo social que acepta ciertas meta-normas acerca de quién detenta la potestad legislativa para crear, eliminar o modificar normas jurídicas válidas.¹⁴

5 Las normas últimas sobre la autoridad legislativa y la regla de reconocimiento

- 31 Cuando decimos que las normas últimas (internas o externas) de un sistema jurídico son necesariamente reglas sociales, es casi inevitable recordar la tesis de H. L. A. Hart referente a la regla de reconocimiento. Sin embargo, debe señalarse que las normas a las que me estoy refiriendo no necesariamente coinciden con la regla de reconocimiento de Hart.¹⁵ En primer lugar, esto puede ser apreciado notando que, si la clasificación de reglas de Hart se aplicara a las meta-normas últimas que estoy analizando, esto es, a las reglas que confieren poderes que constituyen a la autoridad legislativa suprema de un orden jurídico, estas tendrían que ser caracterizadas como *reglas de cambio*. Lo interesante es que podría haber ciertos tipos de órdenes jurídicos –órdenes jurídicos puramente dinámicos– cuyas reglas de reconocimiento últimas establezcan solamente una condición de validez jurídica, a saber, que las normas hayan sido promulgadas por un determinado individuo u órgano. En este caso, la regla de reconocimiento es, contingentemente, una regla que confiere poderes, esto es, una regla de cambio.
- 32 Fuera de estos casos es importante visualizar que, dado el carácter dinámico de todo orden jurídico, entre las condiciones últimas de validez jurídica siempre encontraremos

aquellas que establecen *quién* puede realizar cambios al orden jurídico, es decir, quién es la autoridad legislativa suprema. Cuando la voluntad de esta autoridad no es la única condición suficiente de la validez jurídica, o cuando aquella está subordinada al cumplimiento de otras condiciones necesarias, es posible distinguir dos clases de normas: las que identifican la autoridad y las que identifican las otras condiciones necesarias o suficientes de la validez jurídica. En otras palabras, es posible distinguir reglas de cambio y reglas de reconocimiento.

- 33 En todo caso, y en la medida en que sean las reglas últimas en el orden jurídico, tienen que ser reglas consuetudinarias: existen si, y sólo si, son aceptadas y practicadas en el conglomerado social. En relación con esto, la actitud relevante de la cual depende la existencia de las reglas últimas de cambio no necesariamente radica en la aceptación de las reglas de reconocimiento por parte de los órganos de aplicación, como Hart habría señalado; quizás la actitud relevante provenga de un grupo más o menos restringido (por ejemplo, de los jueces y ciudadanos, o de un tipo especial de jueces, como los que integran una corte constitucional). Podría ser también que la aceptación crucial necesitada para el reconocimiento de estas reglas últimas como reglas aplicables, sea la de un grupo totalmente diferente –la comunidad internacional, las fuerzas armadas, una clase social dominante, o las mismas autoridades legislativas constituidas por aquellas reglas– mientras que los órganos a los que se confía la aplicación del derecho sólo tengan que expresar su conformidad con estas reglas que confieren poderes. Ciertamente, en orden a que existan estas normas consuetudinarias que confieren poderes, ellas tienen que ser practicadas y aplicadas por los órganos designados, pero estos órganos no necesitan aceptar tales normas.
- 34 En síntesis, en contraste con las reglas de reconocimiento *hartianas*, los criterios últimos de validez para identificar la autoridad legislativa suprema de un orden jurídico no son reglas que imponen deberes.¹⁶ Además, si estos criterios regularan alguna conducta, no sería la conducta de los órganos de aplicación del derecho, sino la conducta del legislador supremo. Como veremos, incluso si los “límites” impuestos a la autoridad legislativa suprema fueran entendidos como reglas que imponen deberes, debería quedar claro que estos deberes regulan el modo en que las normas generales válidas pueden ser creadas o cambiadas, no el modo en que ellas deben ser reconocidas o aplicadas. En consecuencia, una intuición plausible es que, en términos de Hart, las reglas a las cuales me refiero no se corresponden con aquellas que él clasificaba como reglas de reconocimiento, sino con las que regulan al legislador supremo:¹⁷ las reglas que se necesitan para garantizar la continuidad y la pervivencia de un orden jurídico.¹⁸

6 Meta-normas regulativas y meta-normas que confieren poder

- 35 Hay una importante pregunta que todavía necesita una respuesta precisa: ¿exactamente qué clase de normas son las meta-normas que confieren la potestad legislativa suprema en un orden jurídico? Sobre este respecto los teóricos del derecho se dividen en dos grupos, según se interprete a tales meta-normas como normas constitutivas o como normas regulativas. El enfoque que defenderé aquí es doble: por un lado, asumiendo que la diferencia entre las normas constitutivas y regulativas es sostenible y significativa, argumentaré que todas las normas básicas que confieren poderes en un orden jurídico son normas consuetudinarias que tienen una naturaleza constitutiva; por otro lado, y sin

perjuicio de lo anterior, también argumentaré que esta clase de normas constitutivas sólo pueden existir cuando algunas normas regulativas se encuentran vigentes.

- 36 Existen diferentes modos para clasificar a las meta-normas sobre la producción de normas jurídicas. De acuerdo con Guastini, por ejemplo, tales normas deben ser distinguidas en dos clases, dependiendo de cómo sean entendidas: en sentido estricto (*senso stretto*) o en sentido amplio (*senso lato*). La primera clase incluye aquellas meta-normas que establecen (1) quién tiene el poder de crear, modificar o eliminar normas jurídicas, esto es, las meta-normas que crean a las autoridades legislativas competentes, y (2) el procedimiento a través del cual una determinada potestad debe ser ejercida. En la segunda clase se encuentran las meta-normas que establecen (3) las áreas o clases de actos sobre los cuales el poder legislativo puede ser ejercido y (4) los “límites” negativos y positivos sobre los contenidos normativos que la autoridad competente está facultada a establecer.¹⁹
- 37 No es fácil identificar cuáles de estas meta-normas son las que instituyen a la autoridad legislativa suprema. Parece claro que aquellas pertenecientes al grupo (1) son normas constitutivas. Sin embargo, no queda claro si las meta-normas que establecen las condiciones procedimentales, y aquellas que establecen “límites” sustantivos negativos o positivos sobre la autoridad, deberían ser caracterizadas como constitutivas o como regulativas. Hart, por ejemplo, argumentaba que toda clase de “límite” referente a la autoridad suprema debe ser entendido no como un auténtico deber sino como una falta o ausencia de poder.²⁰ En cambio, según autores contemporáneos como Luigi Ferrajoli, hay cierta clase de “límites” que sólo pueden ser entendidos como genuinos deberes de la autoridad suprema.²¹
- 38 Desde mi perspectiva, lo importante es advertir que no existe una respuesta general y correcta para esta cuestión. Es un asunto contingente si estas normas “limitadoras” últimas son aceptadas por el grupo relevante como formulación de una ausencia total de poder o como establecimiento de un auténtico deber. En el primer caso, serán vistas como fragmentos de normas que definen a la autoridad o al tipo de resultado institucional que pueden producir (como ciertos tipos de leyes, códigos o decretos). En ese caso, la no conformidad de la autoridad con los “límites” normativos no se vincula a ninguna crítica o reproche.²² En sentido estricto, los “límites” impuestos son sólo condiciones necesarias para la producción de un resultado normativo. Una falla en observar estos “límites” implicará que el resultado perseguido carecerá de existencia jurídica: será nulo o sujeto a anulación. En el segundo caso, en cambio, los “límites” son concebidos como requerimientos categóricamente aplicables a la autoridad, independientemente de si pueden operar además como condición necesaria para la producción de un resultado válido.²³ En síntesis, si Hart lleva razón al distinguir entre reglas que confieren poderes y reglas que imponen deberes, sobre la base de las diferentes consecuencias normativas que aquellas establecen (invalidez y sanciones, respectivamente), debemos concluir, *contra* Hart, que existen sociedades donde algunos “límites”, incluso aquellos que atan a la autoridad legislativa suprema, son aceptados como genuinos deberes, cuya violación está conectada a un reproche y/o a sanciones correctivas.
- 39 A la luz de estas dos posibilidades, podemos ver que hay ciertas normas “limitadoras” que no pueden ser entendidas como normas que meramente definen el alcance de un poder determinado. Me refiero a aquellas normas que obligan a la autoridad a actuar. Bajo estas normas, la conducta de una autoridad ya constituida deja de ser opcional. Tales normas impiden la decisión libre de la autoridad porque, bajo sus términos, el acto de ejercer el

poder en cuestión ya no es discrecional. Un ejemplo abstracto de estas clases de meta-normas sobre la producción de normas jurídicas puede ser encontrado en aquellos principios constitucionales programáticos bajo los cuales se encarga al Parlamento o al Congreso la promulgación de ciertas normas sobre determinadas materias, o la concreción de determinados objetivos políticos. Por ejemplo, el Artículo 30 de la Constitución italiana dispone que la ley deberá garantizar la plena protección jurídica y social a los niños nacidos fuera de matrimonio. Otro ejemplo bastante concreto podría ser el de una ley administrativa que establezca que la autoridad responsable por la seguridad de un edificio universitario tiene que disponer un procedimiento de evacuación en caso de incendio. Estas normas sólo pueden ser interpretadas como reglas que imponen deberes. Si los “límites” impuestos por estas normas no son respetados –por ejemplo, si la autoridad en cuestión omite establecer los procedimientos apropiados– tal omisión no es algo que pueda ser invalidado. Sostener esto sería un completo sinsentido, porque lo que hace la autoridad en este caso es, precisamente, evitar la producción de un resultado normativo. En este caso, las normas que la autoridad deja de cumplir no establecen condiciones para lograr un resultado normativo válido; por el contrario, establecen resultados normativos requeridos a la autoridad. Por esta razón, la ausencia de cumplimiento puede ser apropiadamente descrita como un acto de desobediencia o como una violación de normas.

- 40 Es particularmente interesante advertir que incluso las autoridades supremas pueden estar sujetas a algunas normas últimas que imponen deberes. En los órdenes jurídicos donde esto ocurre, las normas regulativas últimas que “limitan” a las autoridades supremas contribuyen a determinar cómo es concebida la autoridad dentro de una determinada sociedad. Estas normas no solamente son superiores a cualquier otra norma promulgada por cualquier clase de autoridad, desde el punto de vista material; sino que también tienen primacía sobre cualquier otra norma, desde un punto de vista lógico o conceptual.²⁴ Estar sujeta a estos deberes es una característica constitutiva o esencial de la autoridad suprema. Sin embargo, dado que estas meta-normas regulativas últimas no expresan una ausencia de poder, las normas jurídicas emanadas en violación de aquellas todavía pueden ser consideradas válidas o tener existencia jurídica. Sin embargo, su validez puede ser cuestionada e incluso, todas las cosas consideradas, pueden ser declaradas concluyentemente inválidas.²⁵ Como veremos, este es el caso del modelo constitucional de orden jurídico, en donde se concibe que la autoridad legislativa suprema está sujeta a un conjunto de meta-normas que imponen deberes.

6.1 Una breve digresión sobre diferentes tipos de normas: constitutivas vs. regulativas

- 41 Como acabamos de ver, los “límites” negativos y positivos sobre el poder legislativo pueden ser vistos como fragmentos de normas que confieren poderes que constituyen a la autoridad legislativa o como normas regulativas presupuestas por las mismas normas que confieren poderes. En este punto, conviene hacer un breve paréntesis y reflexionar acerca de la relación entre las normas constitutivas y las normas regulativas.
- 42 Siguiendo a John Searle, la existencia de estados, órdenes jurídicos, legisladores, normas jurídicas, y demás, puede ser considerada como un ejemplo de los llamados “hechos institucionales” o “realidad social”.²⁶ Una de las más importantes contribuciones de Searle ha sido su análisis del mecanismo a través del cual un grupo social origina esta

clase de “realidad”. Desde su visión, este mecanismo consiste en la aceptación de una regla constitutiva que tiene la siguiente estructura: “En el contexto C, X cuenta como Y”. Sumado a esto, Searle efectúa la distinción entre reglas constitutivas y reglas regulativas.

- 43 Existe una abundante discusión acerca de la posibilidad de reducir las reglas constitutivas a las regulativas, pero no es esta la ocasión para entrar en tal discusión. En lugar de ello, el punto que aquí se enfatizará es que las reglas o normas constitutivas, en las que Searle está pensando principalmente, parecen no ser inteligibles de manera independiente a alguna norma regulativa.²⁷ Tómese, por caso, el ejemplo favorito de Searle, referente al dinero. La norma constitutiva aceptada dice: “En las circunstancias C, el pedazo de papel P cuenta como dinero D”. Esta clase de regla constitutiva existe como una práctica social consuetudinaria. Que un determinado pedazo de papel funcione o cuente como medio de pago es un hecho construido y mantenido por las creencias y conductas de un grupo social. En otras palabras, la regla constitutiva del dinero existe si, y sólo si, de hecho, en las apropiadas circunstancias C, el pedazo de papel P efectivamente cuenta como dinero, esto es, como medio de pago.
- 44 Lo anterior significa que la regla constitutiva del dinero no podría existir a menos que, dentro del grupo social relevante, existan además algunas reglas regulativas vigentes, es decir, algunas reglas del tipo “Se permite (a los ciudadanos) pagar deudas con esta clase de pedazo de papel P” o “Es obligatorio (para el gobierno) aceptar esta clase de pedazo de papel P como medio para saldar deudas”. Por esta razón podemos decir que, incluso si desde un punto de vista teórico resulta útil y justificado distinguir estos dos tipos de normas, la existencia de una regla constitutiva *como regla social* necesita que determinadas reglas regulativas consuetudinarias también existan. Los dos tipos de reglas están interconectados.²⁸ La existencia de la regla social constitutiva del dinero parece ser sólo un epifenómeno de la existencia de algunas reglas regulativas que permiten, prohíben o exigen ciertos tipos de conducta.
- 45 La relación entre las normas constitutivas y regulativas ha sido profundamente discutida entre los filósofos. Un ejemplo de este debate puede ser visto en el todavía no superado desacuerdo entre los filósofos del derecho acerca del status constitutivo o regulativo de la regla de reconocimiento. Como fuere que sea, el único punto que quisiera destacar sobre este tema es que, si admitimos que en todo orden jurídico existente hay una regla de reconocimiento última que regula la conducta de los órganos de aplicación del derecho, estamos también admitiendo (1) que en todo orden jurídico existente hay una regla social última que constituye a la autoridad legislativa y (2) que las dos clases de reglas (aquellas que confieren el poder legislativo y aquellas que regulan el reconocimiento y la aplicación de las normas válidas) están interconectadas, sin perjuicio de lo diferentes que puedan ser. No tendríamos algo así como una autoridad legislativa suprema si no hubiera una regla de reconocimiento, es decir, si no hubiera un grupo de jueces que reconoce a algunas personas como las autoridades legislativas supremas; no obstante, de forma paralela y en la medida en que los jueces son entendidos como órganos de aplicación del derecho en un orden *dinámico*, la existencia de la regla de reconocimiento presupone que hay algunas “autoridades legislativas supremas” autorizadas a crear las normas válidas que los jueces reconocen como vinculantes. Esto es verdadero incluso si los dos poderes (el poder de crear normas y el poder de reconocer y aplicarlas) están concentrados en el mismo órgano o individuo.

6.2 Dos clases de normas constitutivas, dos clases de realidad social: la creación intencional y no intencional de la realidad social

- 46 Siguiendo el ejemplo del dinero, como hemos visto, el dinero existe y continuará existiendo en la medida en que aceptemos la regla constitutiva bajo la cual “En determinadas circunstancias C, ciertos pedazos de papel o de metal cuentan como dinero”. Ahora quiero enfatizar que si algo como el dinero es parte de una realidad social existente, su existencia está basada en una regla constitutiva aceptada y practicada, esto es, en una regla social y consuetudinaria de la que incluso podemos no ser conscientes. Remarco este punto porque –junto con estas clases de normas constitutivas cuya existencia es equivalente a (e indistinguible de) la existencia efectiva de los hechos institucionales o entidades que constituyen– existen también normas constitutivas de otro tipo, a saber, normas constitutivas *legisladas*, cuya existencia es en sí misma parte de la realidad social pero que, en la medida en que puedan ser ineficaces, sólo garantizan una suerte de existencia “formal” (mas no efectiva) de los hechos institucionales o de las entidades que estos buscan crear.²⁹
- 47 Contrariamente al enfoque de Searle, parece plausible reconocer que algunas expresiones de la realidad social son el resultado de acciones colectivas *no intencionales*. Sin duda alguna, los ejemplos de acciones colectivas *intencionales* son abundantes, como cuando una orquesta interpreta una sonata o cuando un legislador promulga algún código.³⁰ Pero no es menos cierto que, individual o colectivamente, podemos hacer cosas sin tener la intención de hacerlas. Este es precisamente el caso de las reglas sociales, sean regulativas o constitutivas. Las reglas consuetudinarias son algo que creamos no intencionalmente, es decir, sin la específica intención de crear una regla consuetudinaria. A mi modo de ver, que podamos crear y mantener hechos o entidades institucionales de un modo no deliberado es algo que Searle implícitamente reconoce cuando admite que ciertas instituciones sociales –que son siempre el resultado de aceptar reglas constitutivas– son incluso más sólidas y duraderas cuando las personas que generan y sostienen aquellos hechos o entidades institucionales no están siquiera conscientes de que *ellos* son quienes los generan y sostienen a través de sus actitudes y comportamientos.³¹
- 48 Por supuesto, cuando nos damos cuenta del mecanismo a través del cual damos lugar a diferentes tipos de hechos o entidades institucionales, podemos utilizar ese mecanismo de manera intencional para crear nuevos hechos o entidades de ese tipo. Podemos constituir intencionalmente determinados “agentes sociales”, “órganos” o “autoridades legislativas” que, a su vez, y bajo ciertas condiciones, pueden crear intencionalmente otras específicas normas constitutivas. En otras palabras, podemos reproducir intencionalmente el mundo social promulgando de manera deliberada nuevas normas constitutivas. Sin lugar a dudas, esas nuevas normas constitutivas no son espontáneas ni consuetudinarias. Son normas legisladas cuya existencia o validez depende del hecho de que los “órganos” o las “autoridades legislativas” creadas, satisfagan las condiciones establecidas para crearlas exitosamente.
- 49 Esta posibilidad requiere una distinción entre dos significativos tipos de realidad social (dos clases de hechos institucionales), que pueden ser denominados *realidad social efectiva* y *realidad social formal*. Las normas legisladas, sean constitutivas o regulativas, son necesariamente parte de la realidad social formal; pero que se conviertan en una realidad social efectiva es algo contingente. Por ejemplo, en Argentina, la norma legislada que

constituyó los jurados populares ha sido válida –esto es, ha existido como un hecho institucional formal– desde 1853, cuando fue promulgada; sin embargo, fue hace relativamente poco tiempo cuando tales jurados realmente fueron convocados y se convirtieron en una realidad social efectiva. Por tanto, es importante remarcar esta suerte de división en la así llamada realidad social. Las normas constitutivas legisladas son ejemplos de realidad social formal a través de la cual buscamos crear una realidad social *efectiva*. Desafortunadamente, no siempre tenemos éxito haciendo tal cosa. En el mismo sentido, muchos otros ejemplos de instituciones jurídicas –entre los que se encuentran algunos deberes jurídicos, derechos y poderes– únicamente tienen una existencia *formal* pero no una existencia efectiva.

- 50 A la luz del anterior análisis, podemos apreciar la ambigüedad de expresiones como “la existencia de un hecho institucional”, “realidad social” o “regla constitutiva”. En algunos casos, las reglas constitutivas, como muchos otros ejemplos de realidad social, son reglas consuetudinarias creadas de manera no intencional: existen como una práctica social efectiva. En otros casos, las reglas constitutivas son normas deliberadamente creadas de las que puede decirse que son “existentes” o “válidas” precisamente porque han sido debidamente promulgadas por las autoridades legislativas competentes para crearlas. Las entidades sociales del primer tipo existen debido a ciertas creencias, actitudes y comportamientos que prevalecen dentro de un grupo. En cambio, las entidades sociales del segundo tipo existen o son válidas aun cuando no consigan ganar aceptación dentro del grupo en cuestión; existen no porque hayan sido aceptadas, sino porque las condiciones para crearlas han sido satisfechas. Como lo demuestra el ejemplo de los jurados populares en Argentina, las normas constitutivas legisladas pueden dar nacimiento a autoridades inefectivas, sin perjuicio de que sean válidas o formalmente existentes. En contraste, cuando estas meta-normas son exitosas constituyendo una autoridad efectiva *de facto*, se convierten también en normas consuetudinarias, es decir, normas que de hecho son aceptadas y obedecidas por el grupo. Si no fuese así, la autoridad que ellas intentan crear no existiría como una autoridad efectiva *de facto*.
- 51 En este punto, podemos formular otras tres conclusiones parciales. Primera: todo orden jurídico realmente existente (por definición, un orden *dinámico*), está basado en determinadas meta-normas que definen el poder supremo para promulgar normas, lo que equivale a decir que todo orden jurídico existente está basado en determinadas normas constitutivas que definen la autoridad legislativa suprema. Segunda: estas normas constitutivas básicas no pueden ser creadas por otra autoridad, lo que equivale a decir que no pueden ser normas legisladas sino que tienen que ser normas consuetudinarias o sociales. Y tercera: la existencia de estas normas sociales que constituyen a la autoridad suprema presuponen que determinadas normas regulativas estén en vigor. Entre otras cosas, las normas sociales que constituyen a la autoridad legislativa suprema presuponen la existencia de una norma consuetudinaria que impone el deber de reconocer a tal autoridad, y por ende el deber de aplicar las normas promulgadas por aquella.

7 Cuatro modelos de orden jurídico y autoridad legislativa

- 52 Las meta-normas últimas que constituyen a la autoridad legislativa suprema del orden jurídico expresan la concepción política efectivamente aceptada dentro de una determinada sociedad. En lo que sigue, presentaré cuatro modelos de órdenes jurídicos

basados en cuatro diferentes modos en los que las meta-normas últimas sobre la producción de normas jurídicas constituyen a la autoridad legislativa suprema. Estos modelos no son exhaustivos y únicamente muestran algunas de las posibles maneras en las que puede ser concebida la autoridad legislativa.

7.1 El modelo de autoridad absoluta

- 53 En la primera concepción –que llamaré el modelo de la “autoridad absoluta”– las meta-normas básicas del orden jurídico consisten enteramente en reglas constitutivas que colocan la creación de cualquier otra norma o meta-norma en manos de la autoridad a la que constituyen, lo que incluye aquellas normas que disciplinan la propia conducta institucional de la autoridad. Esto significa que, en este modelo, las normas constitutivas básicas no imponen ningún requerimiento regulativo entre las condiciones para que una autoridad cuente como tal. Las condiciones para convertirse en autoridad pueden ser biológicas, históricas, económicas, etc., pero en ningún caso incluyen el requerimiento de aceptar, y mucho menos obedecer, algún tipo de regla que impone deberes.
- 54 Esta clase de autoridad ciertamente puede limitarse a sí misma estableciendo diferentes tipos de restricciones sobre su propio comportamiento o incluso comprometiéndose a ejercer su autoridad mediante la creación de normas programáticas. Sin embargo, debido a que todas las normas jurídicas, excepto las reglas que las constituyen, dependen de la voluntad de esa autoridad, la misma autoridad puede también ejercer la opción de librarse de tales restricciones. En otras palabras, en este modelo, las normas jurídicas que imponen cualquier clase de deberes son siempre derivadas y legisladas por la autoridad constituida, sea subordinada o suprema.
- 55 Los sistemas jurídicos que se corresponden con este modelo pueden aceptarlo de manera explícita o implícita a través de normas legisladas. Pueden hacerlo, por ejemplo, por medio de una constitución que estipule expresamente que la autoridad suprema no está obligada a aceptar o a cumplir realmente con ninguna restricción normativa. Debe recordarse, sin embargo, que cuando una sociedad está efectivamente gobernada por este modelo de autoridad, no lo es en virtud de una norma legislada sino en virtud de aquellas reglas (independientes o extra-sistemáticas) realmente aceptadas.³² En este caso, las reglas básicas imponen lo que Hart denominaba el modelo de “omnipotencia continuada”.³³ En otras palabras, constituyen una autoridad cuya soberanía no puede ser limitada en ningún momento. Como se ha señalado, la autoridad suprema en este tipo de orden jurídico podría decidir auto-limitarse, pero no podría imponer aquellas limitaciones sobre sus sucesores, quienes disfrutarán del mismo poder ilimitado que detentan las previas y subsecuentes autoridades supremas. En suma, la característica central de esta clase de autoridad, bajo las meta-normas aceptadas que la definen, es que no está sujeta a reglas regulativas.

7.2 El modelo de autoridad moral

- 56 En el extremo opuesto de este espectro se encuentra la que puede ser descrita como la concepción *moral* de la autoridad. En este enfoque, la autoridad suprema es constituida por una meta-norma que, entre las condiciones para que tal autoridad califique como tal, incluye el requerimiento de que la autoridad acepte y respete determinadas reglas regulativas. Así, una autoridad no puede ser tal a menos que cumpla con ciertos deberes.

Sólo una autoridad justa es una autoridad. Esto significa que las normas que imponen aquellos deberes no son creadas por la propia autoridad; por el contrario, son precondiciones que cualquiera debe reunir si quiere convertirse en autoridad y ejercer autoridad. Son normas de un nivel supremo que están presupuestas por meta-normas que definen la autoridad en cuestión. En otras palabras, desde esta perspectiva, las reglas que constituyen a la autoridad no son independientes de las reglas regulativas a las cuales ella está sujeta. No sólo que la autoridad no puede deshacerse de estos límites sino que, de hecho, no puede elegir violarlos; y si lo hiciera, por hipótesis, dejaría de actuar como autoridad.

- 57 Curiosamente, si la autoridad decidiera explicitar mediante una ley las normas regulativas a las que está sujeta, ello sólo sería una reiteración de los deberes presupuestos a los que ya está vinculada; y, por mucho que esta explicitación pueda ser apreciada desde un punto de vista estratégico, político o simbólico, lo cierto es que el modelo no depende de esas normas legisladas. Si las meta-normas que en efecto son aceptadas han configurado una concepción moral de la autoridad, las autoridades carecen del poder de introducir o de eliminar, en el orden jurídico, los deberes regulativos o las normas que las limitan; sólo pueden promulgarlos o derogarlos formalmente.³⁴
- 58 En este caso, las meta-normas básicas prefiguran un tipo de autoridad que, a diferencia del modelo previo, ejemplifica el modelo de “sujeción continuada”. En contraste con el paradigma de la autoridad absoluta –en el que la autoridad suprema retiene su omnipotencia perpetuamente, sin poder limitar a sus sucesores– este modelo establece una autoridad que está sujeta a límites permanentes que no puede remover, sea para sí misma o para sus sucesores.

7.3 El modelo de autoridad del Estado de Derecho

- 59 Entre estas dos concepciones extremas, existen dos enfoques intermedios. Uno de ellos es usualmente asociado con el denominado Estado de Derecho (*Rechtsstaat*). En este caso, las meta-normas básicas del orden jurídico (sea que se las conciba como criterios extra-sistemáticos o como normas independientes) constituyen una autoridad suprema con poder limitado. En otras palabras, en este modelo se imponen diferentes clases de condiciones, ya sea para convertirse en autoridad o para ejercer el poder conferido. Ahora bien, si bien estas condiciones efectivamente *pueden* ser aceptadas como límites regulativos, ello no es una exigencia bajo este modelo. En sentido estricto, todas estas condiciones son vistas como meras ausencias de poder, esto es, como pautas que delimitan el poder que la autoridad ejerce siempre con discreción y absoluta libertad.
- 60 Es muy probable que un sistema jurídico que se adhiera a esta concepción de la autoridad contenga normas legisladas (por ejemplo, normas de una constitución formal y escrita) que explícitamente establezcan los límites a los cuales cada autoridad está directa o indirectamente sujeta.³⁵ Sin embargo, y como previamente se hizo notar, es importante que no se confundan estas normas legisladas, creadas por la autoridad suprema, con las normas sociales que constituyen a la autoridad suprema. Estas dos clases de normas pueden ser sustancialmente idénticas, debido a que las autoridades supremas pueden aprobar leyes constitucionales que reiteren el contenido de las normas sociales por las cuales las propias autoridades están constituidas. Aun así, la diferencia entre estas normas no deja de ser crucial. La autoridad suprema puede eliminar las normas constitucionales que ella misma promulgue, pero no puede eliminar las normas sociales

que la constituyen. Esto es predicable a todos los tipos de autoridades: ninguna autoridad tiene el poder de revocar los límites impuestos por las normas sociales constitutivas que confieren el poder a su disposición. En el modelo de autoridad absoluta, la autoridad suprema puede quitar todos los límites que pesan sobre ella simplemente porque, en virtud de las reglas sociales por las cuales está constituida, estos límites son totalmente dependientes de la autoridad suprema. Esta autoridad es, conceptualmente, una autoridad ilimitada. En este caso que se analiza, por el contrario, en virtud de las reglas que definen la autoridad suprema, sus potestades están conceptualmente sujetas a la satisfacción de ciertas restricciones positivas o negativas. En otras palabras, las acciones de este tipo de autoridad son válidas sólo si reúnen ciertas condiciones.

- 61 Asumiendo que este fuera el modelo de autoridad vigente, y contrariamente a lo que ocurre con el modelo de autoridad moral, si la autoridad suprema no respetase los límites a los cuales está sujeta, su conducta no equivaldría estrictamente a un acto de *desobediencia*: sería meramente un acto nulo o anulable que fracasa en producir los efectos deseados. Además, si la autoridad decidiera abolir las disposiciones constitucionales que establecen limitaciones, tal conducta equivaldría a un mero acto de abolición formal. Claramente, la excepción sería el caso de un acto revolucionario que *de hecho* cambie el modelo o reconozca un cambio ya ocurrido.

7.4 El modelo constitucional de autoridad

- 62 El último modelo de autoridad es el que corresponde al llamado estado constitucional. En este caso, las meta-normas básicas que configuran la autoridad suprema no sólo confieren poderes limitados sobre la propia autoridad, sino también derechos sobre sus destinatarios. Por consiguiente, la autoridad suprema está sujeta a deberes correlativos. Bajo las meta-normas que configuran este modelo, los individuos están dotados de derechos denominados “fundamentales”. Entre otras cosas, esto significa que tales derechos no dependen de la autoridad sino que, por el contrario, imponen restricciones sobre su comportamiento. Esos derechos y deberes son el contenido de normas de orden superior, están presupuestos por las normas que constituyen a la autoridad suprema y son aceptados por la propia autoridad. Bajo este paradigma, la autoridad es vista como asociada no sólo a una posición de competencia –un conjunto de potestades– sino también a un cúmulo de posiciones normativas, positivas y negativas (un conjunto de derechos, inmunidades y privilegios, pero también deberes y áreas de incompetencia), correlativas a otro cúmulo de posiciones asociadas a aquellos que están sujetos a la autoridad.³⁶ Como se dijo antes, ser una autoridad o tener autoridad puede ser analizado en términos de la relación establecida entre quienes *ejercen* la autoridad y aquellos sobre los cuales la autoridad es *ejercida*. En este sentido, es interesante advertir que, en la medida en que los límites sobre la autoridad suprema dependan de derechos fundamentales de sus destinatarios, tales límites no pueden ser entendidos simplemente como una ausencia de poder, sino que también deben ser entendidos como el contenido de auténticos deberes.
- 63 Como en cualquier otro modelo, la autoridad suprema establecida bajo el estado constitucional no puede librarse a sí misma de los límites o características que la definen; si lo hiciera, dejaría de ser una autoridad bajo este paradigma. Lo que es peculiar en este tipo de autoridad, es que sus rasgos definitorios incluyen su limitación no sólo por las normas de nivel supremo que restringen sus poderes, sino también por los deberes y

prohibiciones relacionadas con el modo, contenido y/o circunstancias bajo las cuales esos poderes pueden ser ejercidos. Específicamente, esta autoridad está vinculada a deberes en todos los casos donde sus destinatarios sean titulares de un derecho fundamental.

- 64 De lo que se ha dicho hasta ahora no se sigue que la autoridad suprema necesariamente respete los límites impuestos por los derechos fundamentales. Lo único que se sigue es que el deber de respetar esos derechos forma parte de la concepción de la autoridad bajo este paradigma. Ninguna autoridad puede considerarse como tal si niega estos límites normativos; y, si lo hiciera, se presentaría entonces no como una autoridad sino como un mero detentador de poder. Esta característica es importante porque permite distinguir a esta concepción de autoridad, de aquella que fue referida como la concepción “moral” de la autoridad. En este modelo, una autoridad no es necesariamente justa: ser una autoridad únicamente implica la aceptación del deber de respetar los derechos fundamentales adscritos a sus destinatarios; ello no implica, pues, un cumplimiento real. Al mismo tiempo, y como previamente fue expresado, estos derechos son fundamentales precisamente porque son concebidos como límites constitutivos e inderrotables que pesan sobre cada autoridad. Consecuentemente, todo ejercicio de autoridad bajo este paradigma está conceptualmente vinculado a la pretensión de que tal ejercicio es compatible con esos deberes/derechos de nivel supremo.
- 65 Desde este punto de vista, la autoridad suprema está conceptualmente conectada con dos tipos de límites: por una parte, están los límites que establecen una ausencia de poder, y cuyo incumplimiento acarrea normativamente la nulidad/anulabilidad de los resultados perseguidos por la autoridad; por otro lado, están aquellos límites que corresponden a los derechos fundamentales individuales (correlativos a los deberes impuestos sobre las autoridades) y cuyo desconocimiento justifica normativamente una crítica justificada.³⁷ Como hemos visto, estos últimos límites son requerimientos regulativos que la autoridad en cuestión *acepta* pero que podría incumplir sin dejar de actuar como autoridad competente, dado que el cumplimiento de aquellos no es una condición para su competencia. Esta salvedad exige, pues, una distinción entre dos formas por las cuales puede decirse que las normas creadas por este tipo de autoridad son “válidas”. Y es que, teniendo en cuenta que la autoridad puede dejar de cumplir efectivamente con los límites regulativos (derechos/deberes) que ha proclamado aceptar, las normas producidas dentro de los límites de su competencia son sólo válidas *pro tanto*; pero, todo considerado, tales normas podrían fracasar en ser válidas *concluyentemente*. Específicamente, este será el caso cada vez que las normas en cuestión frustren los derechos/deberes cuya aceptación define a esta clase de autoridad.³⁸

8 Algunas consideraciones sobre el modelo constitucional de autoridad

- 66 Muchos sistemas jurídicos contemporáneos se caracterizan por su explícita adhesión al modelo de autoridad basado en el paradigma constitucional. Esta adhesión se verifica a través de normas legisladas, es decir, mediante la promulgación de una constitución formal o de un conjunto de normas con status constitucional (y que sería incorrecto considerarlas como las normas últimas del orden jurídico). Estas leyes fundamentales explícitamente formulan las condiciones que deben ser satisfechas para que el poder legislativo supremo pueda ser adquirido y ejercido; entre estas condiciones está el requerimiento de que la autoridad constituida acepte un conjunto de deberes negativos y

positivos por los cuales está vinculada. En ese sentido, estos sistemas intentan formular explícitamente las condiciones para la validez de sus normas jurídicas y, en tal medida, ellos necesariamente recurren a dos diferentes tipos de normas. Por una parte, recurren a normas que expresamente delimitan el alcance del mencionado poder legislativo supremo; son normas *constitutivas*, cuyo incumplimiento –que no podría ser descrito como “violación” de tales normas– necesariamente acarrea la nulidad de los resultados perseguidos. Por otra parte, recurren a normas que regulan el poder conferido; estas son normas *prescriptivas*, cuyo incumplimiento no priva de existencia jurídica a los resultados obtenidos. Como ocurre con todas las reglas regulativas que imponen permisos, prohibiciones u obligaciones, su violación implica un reproche o incluso un deber de compensación. No obstante, dado que la *aceptación* de estas normas regulativas es una condición constitutiva de la autoridad (incluso si ello no fuera explícito), su violación justifica la consecuente anulación de los resultados existentes.

- 67 En este modelo jurídico, en consecuencia, las normas que regulan a la autoridad legislativa suprema, a pesar de no ser normas constitutivas, son constitutivamente relevantes. En general, las condiciones que imponen están rígidamente protegidas por normas legisladas de naturaleza constitucional, que se entiende que están completamente fuera del alcance del poder de la autoridad, o que se pueden reformar únicamente a través de procedimientos agravados. La existencia de estos procedimientos especiales y/o el reconocimiento explícito de la imposibilidad de modificar aquellas condiciones, pueden ser vistos como indicativos de que esta clase de autoridad es al menos parcialmente consciente de su sujeción a un conjunto de condiciones constitutivas que no puede cambiar (sujeción que, en realidad, es predicable de toda autoridad). En el modelo constitucional, en otras palabras, la autoridad legislativa suprema parece ser consciente de que “ser una autoridad” no es una propiedad natural sino un status que está siempre constituido por la aceptación previa de normas que no dependen de la propia autoridad (en sentido estricto, por la aceptación de meta-normas que confieren poder bajo ciertas condiciones fácticas o normativas).
- 68 Las leyes que tienen status constitucional son, indudablemente, documentos de crucial importancia política; tanto es así que, a decir de algunos autores, harían lucir redundantes a las normas sociales básicas.³⁹ Sin embargo, del análisis presentado en este trabajo, se puede advertir el tipo de error cometido al tomar esas posiciones. Existen dos posibilidades, y ninguna de ellas parece satisfactoria. La primera es que esas posiciones no estén tomando en cuenta que la validez de una ley constitucional presupone necesariamente alguna otra norma que confiera el poder para promulgarla válidamente. Pero esta última norma no puede ser expedida por la misma autoridad que crea las leyes constitucionales, si queremos evitar un círculo vicioso; ni tampoco puede ser creada por una autoridad posterior, si queremos evitar un regreso al infinito. La segunda posibilidad es que tales posiciones estén adoptando un punto de vista altamente controversial que resultaría, además, auto-contradictorio. Según este punto de vista, las leyes constitucionales, aun cuando son normas legisladas, no son válidas ni inválidas; así, las constituciones formales o, en general, las leyes que tienen un status constitucional serían leyes extra-sistemáticas.⁴⁰ Desafortunadamente, como sabemos, la idea de una norma legislada extra-sistemática es una contradicción en términos.
- 69 Existe un argumento adicional que muestra por qué las normas acerca de la autoridad suprema que forman parte de las llamadas “leyes constitucionales” no pueden ser caracterizadas como “extra-sistemáticas”. Que estas partes de la legislación

constitucional identifiquen a la autoridad legislativa suprema y establezcan criterios últimos de validez es sólo contingentemente verdadero, y lo será sólo en la medida en que tales leyes constitucionales reproduzcan correctamente el contenido de aquellos criterios que sean de hecho aceptados. Ello es así porque el modelo existente de autoridad legislativa depende del paradigma que esté efectivamente en vigor, no del que haya sido declarado como tal por la autoridad competente. En este sentido, y como ya se ha hecho notar, toda formulación lingüística de las meta-normas, que definen y regulan a la autoridad suprema de un orden jurídico existente será, o bien una norma válida o inválida en el sistema, o bien una declaración descriptiva cuya verdad o falsedad dependerá del contenido de las meta-normas que estén de hecho en vigor. En resumen, las normas que constituyen a las autoridades supremas de un orden jurídico son reglas *sociales* y no reglas explícitamente promulgadas. Este hecho permanece invariable incluso cuando las mismas autoridades promulgan leyes “constitucionales” pretendiendo hacer explícito el contenido de tales normas.

- 70 Sólo cuando se aprecia que las reglas básicas constitutivas de cualquier orden jurídico vigente son consuetudinarias podemos explicar por qué su contenido está más allá de la voluntad de la autoridad constituida. Este contenido es similar al que Luigi Ferrajoli denomina “la esfera de lo indecible”.⁴¹ De hecho, el contenido de estas reglas, como ocurre con todas las reglas consuetudinarias, sólo puede cambiar de manera no intencional: tal cambio no puede derivar de una decisión intencional.⁴²
- 71 Bajo este análisis, la afirmación de que el modelo de orden jurídico-constitucional constituye un nuevo paradigma, en comparación con el estado legislativo de derecho, es en cierto sentido incuestionable. En el modelo constitucional existen dos clases o categorías de normas jurídicas: las normas ordinarias, introducidas a través del ejercicio de la autoridad legislativa, y las normas de nivel supremo que constituyen a la autoridad legislativa suprema y regulan su comportamiento. A su vez, y en orden a dar cuenta de las meta-normas de nivel supremo del paradigma constitucional, tenemos que distinguir dos tipos de normas que no deben ser confundidas aun cuando están necesariamente relacionadas: por un lado, las normas que confieren poder y que establecen las condiciones para su ejercicio exitoso (normas constitutivas en sentido estricto); y, por otro lado, las normas que establecen requerimientos regulativos. Algo que puede causar que estos dos tipos de normas sean confundidas es que, en este modelo, *aceptar* un conjunto de normas regulativas (aunque luego no se las cumpla) es una característica constitutiva de la autoridad: es parte de sus condiciones definitorias.
- 72 En resumen, y a diferencia de lo que sucede en el modelo del estado legislativo de derecho, bajo el paradigma constitucional la autoridad legislativa es concebida en modo tal que su caracterización requiere el concepto de meta-norma regulativa de orden superior u obligación de orden superior. Estas normas que imponen deberes son aquellas que establecen los derechos/deberes fundamentales que están presupuestos por la autoridad legislativa constituida. Ciertamente, el contenido específico de estas normas que regulan la conducta de las autoridades (esto es, el contenido de los derechos/deberes fundamentales) no es algo que pueda ser establecido por este modelo. Dicho contenido es relativo a cada orden jurídico y depende de las reglas específicas aceptadas en un determinado tiempo y lugar.
- 73 Tal como se ha señalado, este modelo puede ser presentado de otra manera, esto es, colocando el énfasis en la contraparte que necesariamente tienen los deberes de nivel supremo que vinculan a toda autoridad. En este caso deberíamos decir que, bajo las reglas

constitutivas de este paradigma, todo individuo es definido como un sujeto necesariamente vinculado por ciertos derechos (potestades, pretensiones, inmunidades, privilegios) que no pueden ser renunciados, lo que significa que son inalienables. Esta idea nos permite dar cuenta de otra característica esencial de este tipo de orden jurídico: que no es un orden meramente dinámico, pues no consiste solamente en un conjunto integrado por las normas provenientes de las autoridades legislativas competentes sino también por todas las normas que, sin intervención de autoridad alguna, pueden ser directamente derivadas de los derechos/deberes fundamentales. Aun así, debe quedar claro que, en este modelo de orden jurídico, el único criterio para realizar *cambios* por los cuales se introduce un nuevo sistema en la secuencia que forma el orden, todavía reside en la voluntad de la autoridad. Esto es así incluso si esa voluntad está limitada por derechos/deberes de orden superior que prevalecen cada vez que la voluntad de la autoridad colisiona con ellos.

- 74 Otra noción que el presente enfoque ayuda a clarificar es la referente a los derechos fundamentales, cuya aceptación es constitutiva de la autoridad jurídica. Estos derechos fundamentales no pueden (o no pueden simplemente) consistir en el contenido de normas legisladas, incluso cuando estas normas estén protegidas y garantizadas a través de procesos especiales de reforma. El status de estos derechos/deberes fundamentales está dado sobre todo por reglas sociales aceptadas que la autoridad legislativa puede contribuir a establecer, mantener o modificar, pero que no puede crear o derogar a voluntad. La promulgación de derechos/deberes fundamentales con status constitucional (que busca prevenir que las autoridades del sistema los alteren) puede ser vista como un intento más o menos efectivo de influir en el proceso causal dirigido a preservar las reglas sociales básicas que han sido aceptadas. Si estos límites básicos regulativos (los derechos fundamentales) fueran únicamente contenidos por normas legisladas, creadas deliberadamente por la autoridad legislativa, no constituirían límites sobre esa autoridad legislativa; por el contrario, esos límites *dependerían* de ella, como ocurre dentro del modelo de autoridad del estado legislativo de derecho.
- 75 Este último argumento pone de manifiesto que la mera presencia de textos constitucionales rígidos y protegidos, que reconocen derechos/deberes fundamentales, en ningún modo presupone o implica que el modelo constitucional de orden jurídico se encuentre en vigor. Las reglas básicas que de hecho son aceptadas pueden, dentro de ciertos límites, habilitar a determinadas autoridades a especificar el contenido de los derechos/deberes fundamentales. No obstante, que estas autoridades estén o no sujetas a deberes de orden superior, y que los individuos estén o no dotados de ciertos derechos inalienables, dependerá de las reglas sociales básicas que estén siendo obedecidas, y no de lo que digan las leyes formalmente promulgadas, así sea que estas se denominen “constitucionales” o “fundamentales”.
- 76 Lo que las autoridades *pueden* hacer intencionalmente es cambiar o suprimir cartas constitucionales o leyes ordinarias que contienen un específico modelo de autoridad. En tales casos, se presentan dos posibilidades. Si el modelo constitucional está efectivamente en vigor, la supresión de las normas legisladas que consagran derechos/deberes fundamentales constituirá una violación de reglas sociales efectivas y, en este sentido, tal acto será visto como ilegítimo o injustificado. La otra alternativa es que, suprimiendo estas normas legisladas, las autoridades estén simplemente explicitando un cambio que esté sucediendo o que se haya ya producido. En este caso, nos encontraríamos ante un nuevo modelo de autoridad y de orden jurídico, no en virtud de la supresión *per se*, sino a

causa del cambio en las reglas sociales básicas que ya ha tenido o está teniendo lugar, y que la supresión antes mencionada simplemente refleja.

- 77 Como hemos visto, las constituciones formales o las normas referidas como “constitucionales” se presentan típicamente en los estados que siguen este modelo. Pero no necesariamente tiene que ser así. Lo que define a este tipo de orden jurídico es el reconocimiento explícito que la autoridad constituida efectúa respecto de dos cosas: su naturaleza constituida y sus limitaciones normativas. En este nuevo paradigma, puede decirse que “ser una autoridad” es una posición normativa en dos sentidos distintos. En un primer sentido, lo es porque, como en todos los demás casos, “ser una autoridad” es una propiedad atribuida por normas que *confieren poderes*, independientemente de qué clase de autoridad se trate. En un segundo sentido, es una posición normativa porque, en este específico caso, la autoridad está constitutivamente subordinada a la aceptación de un conjunto de normas *regulativas*.
- 78 Desde este punto de vista, la novedad del orden jurídico constitucional reside precisamente en el hecho de que la autoridad legislativa suprema se concibe a sí misma como una autoridad limitada por normas de orden superior que justifican su existencia y que no dependen de la propia autoridad. De modo más enfático, puede decirse que el modelo constitucional presupone una suerte de judicialización de la autoridad legislativa suprema: de la misma manera en que una corte crea nuevas normas, pero al mismo tiempo identifica e interpreta las normas generales que considera vinculantes y que justifican las normas individuales que crea, en el modelo constitucional las autoridades legislativas supremas también se presentan a sí mismas ejecutando estas dos funciones. Por un lado, crean normas que son dirigidas a los individuos que están sujetos a su autoridad, pero al mismo tiempo hacen explícitas e interpretan las normas que justifican su existencia y que guían el ejercicio de su autoridad. Estas características explican por qué, cuando esta clase de autoridad identifica derechos/deberes fundamentales con status constitucional, ello es visto como un reconocimiento de límites *preexistentes* y no como creación de derechos/deberes *ex nihilo*.
- 79 Es verdad que no en todas las concepciones de la autoridad ella es consciente del hecho que “ser una autoridad” es una propiedad normativa, que depende en último término de normas sociales aceptadas; no obstante, un principio no contestado entre los teóricos del derecho es que la existencia de autoridades es siempre parte de una realidad social construida a través de la aceptación de reglas constitutivas. En este sentido, es interesante observar entre otras cosas que esto revela el confuso –si acaso no incorrecto– carácter del clásico contraste que se establece entre las autoridades constituyentes y constituidas. Ciertamente, entre varios tipos de autoridades pueden establecerse muchas diferencias, pero una vez que se ha advertido que el status de “autoridad” depende completamente de las reglas que son aceptadas dentro de un grupo social, la distinción podría ser tolerada sólo si, al mismo tiempo, hiciésemos explícito algo que se tiende a ocultar: que las denominadas autoridades “constituyentes” no son *diferentes de* las constituidas, porque ellas mismas son autoridades constituidas. Independientemente de qué modelo sea aceptado, si admitimos que las autoridades existen sólo como parte de la realidad socialmente construida, la noción de autoridad constituyente debería ser abandonada por razones de coherencia, dado que el único poder constituyente de las *autoridades* (o de cualquier otro ejemplo de realidad institucional) es el grupo social, en la medida en que acepte ciertas reglas constitutivas.

BIBLIOGRAFÍA

Carlos E. ALCHOURRÓN y Eugenio BULYGIN, 1971: *Normative Systems*. Vienna/New York: Springer (Library of Exact Philosophy).

Carlos E. ALCHOURRÓN y Eugenio BULYGIN, 1991: *Sobre el concepto de orden jurídico* (1976). Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin, 1991: *Análisis lógico y derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 393-407.

Eugenio BULYGIN, 1991: Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos, *Doxa* (1991) 9: 257-280.

Ricardo CARACCIOLO, 1988: *El sistema jurídico. Problemas actuales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Ricardo CARACCIOLO, 1996: Sistema Jurídico. *El derecho y la justicia*. *Enciclopedia IberoAmericana de Filosofía*. Eds. Ernesto Garzón Valdés y Francisco Laporta. Madrid: Trotta. 161-176.

Luigi FERRAJOLI, 1989: *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. Roma-Bari: Laterza.

Luigi FERRAJOLI, 2007: *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia*. Roma-Bari: Laterza.

Luigi FERRAJOLI, 2011: Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista, *Doxa* (2011) 34: 15-53.

Jordi FERRER BELTRÁN & Jorge L. RODRÍGUEZ, 2011: *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos*. Barcelona: Marcial Pons.

John GARDNER, 2012: Some Types of Law. John Gardner, 2012: *Law as a Leap of Faith*. Oxford: Oxford University Press. 54-88.

Riccardo GUASTINI, 1997: Gerarchie normative. *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXVII, N° 2: 463-486.

Riccardo GUASTINI, 1999: *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Barcelona: Gedisa.

Riccardo GUASTINI, 2001: *Lezioni di teoria costituzionale*. Torino: Giappichelli.

Riccardo GUASTINI, 2006: *Il diritto come linguaggio*. 2nd ed. Torino: Giappichelli.

Riccardo GUASTINI, 2006a: *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*. Torino: Giappichelli.

Herbert L.A. HART, 1961: *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press.

Wesley N. HOHFELD, 1923: Contributions to the Science of Law. Citado por la traducción italiana de Angelo Pichierri y Mario G. Losano, *Concetti giuridici fondamentali*. Torino: Einaudi, 1969.

Hans Kelsen, 1960: *Reine Rechtslehre*. Citado por la traducción castellana de Roberto J. Vernengo, *Teoría pura del derecho*, México D.F., Universidad Autónoma de México, 1979.

José J. MORESO y Pablo E. NAVARRO, 1992: Algunas consideraciones sobre las nociones de orden jurídico y sistema jurídico. *Análisis Filosófico* (1992) 2: 125-142.

Corrado ROVERSI, 2012: Sulla duplicità del costitutivo. *Ontologia e analisi del diritto: Scritti per Gaetano Carcaterra*. Eds. Daniele Cananzi y Roberto Righi. Milano: Giuffré. 1251-1295.

John SEARLE, 1969: *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*. Cambridge, Cambridge University Press.

John SEARLE, 1995: *The Construction of Social Reality*. London, Penguin Books.

John SEARLE, 2010: *Making the Social World: The Structure of Human Civilization*. Oxford, Oxford University Press.

John SEARLE, 2015: Status Functions and Institutional Facts: Reply to Hindriks and Guala (2015). *Journal of Institutional Economics*, vol. 11, N° 3: 507–514.

Jeremy WALDRON, 2009: Who Needs Rules of Recognition? *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*. Paper 128. http://lsr.nellco.org/nyu_plltwp/128. Publicado en *The Rule of Recognition and The Us Constitution*. Eds. Matthew Adler and Kenneth Himma, Oxford University Press, 2009.

Bernard WILLIAMS, 1973: Deciding to Believe. Bernard Williams, 1956-1972: *Problems of the Self. Philosophical Papers*, Cambridge, Cambridge University Press. 136-151.

NOTAS

1. Alchourrón y Bulygin 1971.
2. Esta prioridad lógica se mantendría incluso si, desde una perspectiva temporal, un único órgano estuviera habilitado para crear y aplicar una norma en cualquier momento determinado.
3. Aquí la relación jerárquica es entendida como una relación que habilita a una autoridad a superar a otra, allí donde surjan conflictos de competencia. Sobre este tema, véase, por ejemplo, Ferrer y Rodríguez 2011: 142.
4. Las expresiones “criterios de validez”, “criterios de legalidad”, “criterios de pertenencia a un sistema jurídico”, y otras semejantes, serán usadas de manera indistinta. Con ello sigo a Eugenio Bulygin, quien distingue claramente los criterios que un *sistema* jurídico tiene que satisfacer para pertenecer a un orden jurídico, y los criterios que una *norma* tiene que satisfacer para pertenecer a un sistema jurídico. No obstante, y como enfatiza Bulygin, los primeros criterios determinan parcialmente el contenido de cada sistema jurídico, y en ese sentido funcionan además como criterios para la validez de las normas dentro de un sistema jurídico. Véase Bulygin 1991: 265.
5. Véase Alchourrón y Bulygin 1971. Véase, también, Bulygin 1991.
6. Véase Caracciolo 1988: 12. Véase, también, Caracciolo 1996: 161-176.
7. Véase Kelsen 1979: 201-206. Esta cita corresponde a la traducción castellana de Kelsen 1960.
8. Acerca de las meta-normas sobre la producción de normas jurídicas, véase, por ejemplo, Hart 1961: 91-95. Cfr. Guastini 1999: 308-312. Regresaré detalladamente sobre este punto, más adelante.
9. Sobre este *principio de supervivencia*, véase Moreso y Navarro 1992: 125-142.
10. Debe remarcarse que estas meta-normas “últimas” sobre la producción de otras normas son, necesariamente, normas generales. Esto quiere decir que tales normas no confieren potestad a una particular persona u órgano, sino que establecen las condiciones abstractas que deben ser satisfechas para que esa persona u órgano sea investida con dicho poder. Esto es así bajo la asunción conceptual (que no será discutida aquí) de que un orden jurídico no es solamente dinámico sino también continuo porque pervive a lo largo

del tiempo. Si los criterios últimos de validez confiriesen poderes a un individuo u órgano particular, el orden jurídico podría ser ciertamente dinámico, ya que la autoridad así establecida tendría el poder de crear nuevas normas y de originar nuevos sistemas. Sin embargo, una vez que el individuo u órgano desapareciera, el orden jurídico desaparecería con él, pues no habría ninguna regla general que permita la identificación *ex ante* de quién tiene título para suceder a aquella autoridad. Sobre la continuidad del orden jurídico, cabe recordar la crítica de Hart a Austin en la que se destaca la necesidad de una norma *general* que confiera el poder a la autoridad suprema. Véase Hart 1961: 49-76.

11. Una ambigüedad de este tipo, que no será discutida aquí, tiene que ver con la distinción que Norberto Bobbio trazó entre *quién* tiene el poder de decidir, *cómo* se va a decidir, y *qué* puede ser decidido. Debe advertirse en ese sentido que, en ciertos contextos, la expresión “normas que establecen criterios de validez” se refiere a todas las meta-normas que establecen alguna condición para la producción de otras normas, sin distinguir entre las normas que establecen *quién* puede hacer aquello, *cómo* debe hacérselo, y en relación con *qué* contenido material. Bajo esa lectura, no tiene sentido distinguir entre las reglas de cambio y las reglas de reconocimiento, pues ambas son “normas que establecen criterios de validez”, esto es, condiciones para la producción de normas válidas. En otros contextos, por el contrario, las normas que establecen *quién* tiene el poder de producir normas válidas son distinguidas de aquellas que establecen otras condiciones de validez referentes a *cómo* y sobre *qué* contenido material puede ser ejercida una competencia. Bajo esta segunda lectura, existe una distinción entre las reglas de cambio (reglas que confieren poderes a una autoridad) y las reglas de reconocimiento, esto es, las reglas que establecen *otras* condiciones de validez. En resumen, la expresión “normas que establecen criterios de validez” a veces vuelve imposible la distinción entre las reglas de reconocimiento y las reglas de cambio, colocando a ambas en la misma categoría; mientras que otras veces sólo se refiere a las reglas de reconocimiento, asumiendo que las reglas que confieren poderes, esto es, las reglas de cambio, configuran una categoría independiente.

12. La distinción que estoy estableciendo se inspira en (aunque no coincide con) la aproximación de Gardner. Véase Gardner 2012: 54-88.

13. Un ejemplo de ello es Guastini 1999: 380, así como también Guastini 2001: 2-3.

14. Esta idea es consistente con la tesis de John Searle referente a la construcción de la llamada realidad social, cuestión sobre la que regresaré en breve.

15. Véase Hart 1961: 97-107.

16. Acorde a una interpretación estándar de la visión de Hart, la regla de reconocimiento requiere que las autoridades apliquen las reglas identificadas por los criterios de validez incluidos en aquella. Véase Raz 1975: 146.

17. Véase Hart 1961: 72-76.

18. Es importante advertir que la autoridad legislativa suprema no tiene que estar concentrada en un órgano singular u oficial denominado “el legislador”. En muchos órdenes jurídicos contemporáneos esta competencia legislativa suprema es compartida por un congreso o parlamento y por una corte especial o grupo de jueces.

19. Véase Guastini 2006: 88-93.

20. Véase Hart 1961: 68.

21. Véase Ferrajoli 2007: 92

22. Sobre la diferencia entre las normas que establecen las condiciones esenciales o constitutivas para el ejercicio válido del poder, y las normas que imponen deberes, véase Hart 1961: 27-35.

23. A diferencia de la nulidad –que es parte de las reglas que establecen condiciones esenciales o límites constitutivos para la existencia jurídica o para la validez de los resultados que ciertas acciones están encaminadas a producir– las sanciones no son, por necesidad, parte de las normas que imponen deberes y que regulan ciertas acciones. Sobre este punto, véase Hart 1961: 34-35.

24. En términos de Riccardo Guastini, podría decirse que estas meta-normas que imponen deberes se articulan en una relación de *jerarquía* estructural o formal respecto a otras normas. Véase Guastini 1997: 470. En mi opinión, sin embargo, es confuso hablar de “jerarquía estructural o formal”. En lugar de ello, es apropiado distinguir entre la relación estructural o formal entre estas normas y la relación de primacía que puede ser establecida cuando tales normas colisionan: esta última es una relación jerárquica, la primera no.

25. Luigi Ferrajoli, por ejemplo, distingue entre la efectividad y la validez de las normas, y lo hace precisamente para subrayar que las normas que violan deberes sustantivos de un nivel supremo no son válidas en el orden jurídico. Véase Ferrajoli 1989: 348-356.

26. Véase Searle 1995.

27. Para ser precisos, según Searle, “las reglas constitutivas constituyen (y además *regulan*) una actividad...” (las cursivas son mías). Cf. Searle 1969: 34.

28. Debo aclarar que no estoy sosteniendo, como sí lo hace Searle, que las reglas constitutivas sean ellas mismas reglas regulativas. No estoy afirmando, por ejemplo, que una regla que constituya a la autoridad legislativa o judicial *regule* al mismo tiempo su conducta (para ejercer la autoridad conferida). Por el contrario, sostengo que una regla social que constituya a la autoridad legislativa o judicial sólo puede existir si están en vigor otras reglas regulativas que no necesariamente tienen que guiar la conducta de la autoridad constituida. Por ejemplo, no podemos decir que existe una regla social que constituye a la autoridad (A) a menos que algún agente (B) esté obligado a obedecer a (A). Pero la norma regulativa regula las acciones del *agente*, no las acciones de la autoridad.

29. Incluso si estuvieran conectados, estos dos sentidos de las reglas constitutivas no coinciden con aquellos analizados en Roversi 2012, 1251-92. Este no es el lugar para discutir las múltiples distinciones entre las reglas constitutivas que han sido propuestas y su relación con reglas regulativas.

30. Véase Gardner 2012: 65-74.

31. Véase Searle 2010: 107-108.

32. Recuerdo aquí que existen dos posibles modos de interpretar las meta-normas que definen la autoridad suprema: como normas intra-sistemáticas o como normas extra-sistemáticas. No obstante, bajo ninguna circunstancia pueden ser normas legisladas.

33. Véase Hart 1961: 146.

34. Sobre el concepto de derogación formal, véase Alchourrón y Bulygin 1991: 393-407.

35. Recuérdese que todas las autoridades supremas tienen el más alto poder normativo (el poder que prevalece jerárquicamente sobre todos los demás). Por esta razón, los límites constitutivos impuestos sobre las autoridades supremas son, *a fortiori*, límites que también pesan sobre todas sus autoridades subordinadas.

36. Resulta útil remitirse a Hohfeld 1969, para una caracterización de las diferentes posiciones normativas relativas a los individuos que son sujetos de derechos, y que son correlativas con aquellas posiciones en las que la autoridad se encuentra en relación con tales individuos.

37. Sobre la noción de obligación, véase Hart 1961: 84-86.

38. Este punto no puede ser desarrollado con ninguna profundidad, excepto para advertir que la distinción entre validez *pro tanto* y validez *concluyente* no se correlaciona con la distinción entre requerimientos formales y sustantivos.

39. Esta posición, como se vio antes, puede ser atribuida a Riccardo Guastini. Otro caso puede ser encontrado en Waldron 2009.

40. Por ejemplo, según Riccardo Guastini, “el concepto de validez es simplemente inaplicable a las constituciones. Una constitución no es válida ni inválida” (la traducción es mía). Véase Guastini 2006: 103. El mismo enfoque puede encontrarse en Guastini 2006a: 10. En este sentido, debe enfatizarse que, a pesar de que Guastini cita a Caracciolo y toma prestada de él la expresión “norma independiente” para referirse a la constitución, lo hace atribuyéndole un significado diferente. Según Caracciolo, las normas independientes son aquellas que son válidas dentro del sistema en virtud de criterios extra-sistemáticos. Según Guastini, en cambio, las normas “independientes”, “supremas” o “soberanas” son extra-sistemáticas y no son válidas ni inválidas.

41. Véase Ferrajoli 2011: 15-53. Consecuentemente, según Ferrajoli, la idea de autoridad soberana debe ser abandonada o interpretada radicalmente. Véase Ferrajoli 2007: 854.

42. Sobre lo que no puede hacerse intencionalmente, véase Williams 1973: 136-151.

RESÚMENES

La primera parte de este artículo se refiere a las reglas que definen la autoridad legislativa suprema de un orden jurídico. En esta primera parte, además, el artículo se ocupa de algunas distinciones: entre normas y meta-normas, entre reglas legisladas y reglas consuetudinarias, y entre reglas constitutivas y reglas regulativas; todo ello con el objetivo de determinar a cuál de estas categorías pertenecen las reglas que definen la autoridad legislativa suprema de un orden jurídico. La conclusión es que las reglas básicas que definen las autoridades legislativas supremas de cada orden jurídico existente, son necesariamente meta-normas constitutivas con naturaleza consuetudinaria. En la segunda parte de este artículo se toman en consideración los diferentes contenidos posibles de las reglas últimas que definen la autoridad legislativa. Sobre esta base, se distinguen cuatro modelos de sistema jurídico y autoridad legislativa: los que se corresponden con la autoridad absoluta y con la autoridad moral, y los que se corresponden con el estado de derecho y con el estado constitucional. En este sentido, se ofrecen algunas consideraciones: por un lado, para hacer referencia a la específica noción de autoridad que opera dentro del estado constitucional; y, por otro lado, para formular una puntual crítica a la distinción teórica entre autoridad constituyente y autoridad constituida. Según el análisis provisto en este artículo, cada autoridad es una autoridad constituida. En particular, las autoridades legislativas supremas son constituidas por normas constitutivas consuetudinarias que están fuera del alcance de las propias

autoridades y que no dependen de la decisión o de la voluntad de ningún individuo en particular.
| El original en inglés de este artículo fue publicado en *Revus* (2016) 29: 33-60.

ÍNDICE

Palabras claves: reglas constitutivas, autoridades constituidas, deberes/derechos de nivel supremo

AUTORES

MARÍA CRISTINA REDONDO

Investigadora independiente del CONICET (Argentina). Profesora Asociada en la Universidad de Génova (Italia).

Dirección: Tarello Institute for Legal Philosophy, Via Balbi 30/18, Genoa 16126 (Italia).

E-mail: cristina.redondo@giuri.unige.it